

University of Groningen

## Kroniek Ondernemingsprocesrecht

Boschma, H.E.; Geerts, P.G.F.A.

*Published in:*  
Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging

**IMPORTANT NOTE:** You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2008

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*  
Boschma, H. E., & Geerts, P. G. F. A. (2008). Kroniek Ondernemingsprocesrecht. *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*, 1, 28 - 37. [5].

### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

## Ondernemingsprocesrecht

### Inleiding

Het ondernemings(proces)recht is volop in beweging. Wij wijzen in dit verband op het wetsvoorstel tot vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht (31 058) dat op 31 mei 2007 bij de Tweede Kamer is ingediend en waarin onder meer wordt voorgesteld om de geschillenregeling ingrijpend te herzien. Voorts zullen naar verwachting in de loop van 2008 het wetsvoorstel personenvennootschappen (28 746) en het daarmee samenhangende ontwerp van invoeringswet (31 065) in werking treden, waaraan ook een aantal procesrechtelijke implicaties is verbonden. Naast deze ontwikkelingen op wetgevend terrein (hieraan zullen wij in een latere kroniek aandacht besteden), zijn er het afgelopen jaar veel interessante, richtinggevende uitspraken door de Hoge Raad gewezen. In deze kroniek gaan wij op een zevental uitspraken nader in.



Dit artikel uit Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor Rijksuniversiteit Groningen (RUG)

Dit is waarschijnlijk de meest geruchtmakende enquêteprocedure tot nu toe. Het betreft de overnamestrijd van ABN AMRO Holding NV (ABN AMRO). Voor een goed begrip van deze beschikking is het nodig iets meer over de feiten te weten. In februari 2007 ontvangt het bestuur van ABN AMRO een brief van The

Vervolgens komt alles in een stroomversnelling terecht. Op 19 maart 2007 maakt ABN AMRO bekend exclusieve fusiesprekken te voeren met Barclays. Op 27 maart 2007 is de agenda voor de algemene vergadering van aandeelhouders van 26 april 2007 van ABN AMRO gepubliceerd met daarin opgenomen de voorstellen van TCI. De leiding van ABN AMRO heeft de aandeelhouders aanbevolen tegen de voorstellen van TCI te stemmen. Op 12 april 2007 mengt het Consortium (The Royal Bank of Scotland (RBS), Fortis en Banco Santander) zich in de overnamestrijd rondom ABN AMRO. Het laat weten zeer geïnteresseerd te zijn een alternatief voorstel voor de verwerving van ABN AMRO te doen. Banco Santander zou daarbij vooral belangstelling hebben voor de Braziliaanse en Italiaanse activiteiten van ABN AMRO, Fortis voor de Nederlandse en RBS voor de Amerikaanse activiteiten (LaSalle). Zo tekent zich de mogelijkheid af van een biedingsstrijd tussen Barclays en het Consortium. De VEB dringt er bij ABN AMRO dan ook op aan serieus in te gaan op de avances van het Consortium.

In een persbericht van 17 april 2007 laat ABN AMRO weten het Consortium op zeer korte termijn te zullen uitnodigen voor een gesprek waarin zij hun intenties en belangstelling uiteen kunnen zetten. Toeval of niet, op diezelfde dag heeft Bank of America aan ABN AMRO laten weten dat zij LaSalle wil verwerven. In vijf dagen tijd wordt deze deal in elkaar gezet. Op 23 april 2007 maakt ABN AMRO in een persbericht bekend dat zij LaSalle voor \$ 21 miljard aan Bank of America heeft verkocht. Op diezelfde dag maken ABN AMRO en Barclays in een ander persbericht bekend dat zij overeenstemming hebben bereikt over de voorgenoemde fusie en hebben zij de hoofdlijnen van het fusieakkoord gepubliceerd. Dat was geen goed nieuws voor beleggers. Zij waren bang dat door de verkoop van LaSalle het Consortium niet meer geïnteresseerd zou zijn in een concurrerend bod op ABN AMRO. Aan de prijsopdrijvende biedingsstrijd was, zo vreesden zij, een eind gekomen, zodat zij een lager overnamebod op hun aandelen konden verwachten.

Dat wilde de VEB voorkomen en zij is naar de Ondernemingskamer gestapt. Volgens de VEB was de bliksemverkoop van LaSalle (primaire) in strijd met de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW en had het besluit tot verkoop (subsidiair) ingevolge art. 2:107a BW ter goedkeuring aan de algemene vergadering van aandeelhouders van ABN AMRO voorgelegd moeten worden. Er was met andere woorden reden om aan een juist beleid te twijfelen. Vandaar dat de VEB om een enquête bij ABN AMRO heeft gevraagd. Daar is het niet bij gebleven, want de VEB heeft de Ondernemingskamer tegelijkertijd gevraagd ABN AMRO tijdelijk te verbieden over te gaan tot (verdere) uitvoering van of medewerking te verlenen aan enige handeling ter (verdere)

uitvoering van de LaSalle-transactie, voordat de aandeelhoudersvergadering van ABN AMRO die transactie heeft goedgekeurd. Om die onmiddellijke voorziening (art. 2:349a lid 2 BW) was het de VEB natuurlijk te doen. In haar beschikking van 3 mei 2007 heeft de Ondernemingskamer de beslissing tot het instellen

De Ondernemingskamer stelt voorop dat het bepalen van de strategie van een vennootschap een aangelegenheid is van het bestuur en de raad van commissarissen, dat de verkoop van LaSalle niet als een (ongeoorloofde) beschermingsmaatregel kan worden aangemerkt, maar dat desondanks op grond van een analoge toepassing van art. 2:107a BW en op basis van art. 2:8 BW het bestuur van ABN AMRO voor de LaSalle-transactie aan haar aandeelhouders goedkeuring had moeten vragen.

Deze beslissing heeft heel veel los gemaakt. Het was dan ook niet zo verwonderlijk dat tegen de beschikking cassatieberoep is ingesteld. Gezien het uitzonderlijke belang van deze zaak hebben zowel A-G Timmerman als de Hoge Raad de cassatieprocedure met gezwinde spoed afgehandeld. De Hoge Raad heeft al op 13 juli 2007 uitspraak gedaan. Hij vernietigt de beschikking van de Ondernemingskamer. Van belang is dat de Hoge Raad bij zijn beslissing tot uitgangspunt heeft genomen dat er geen sprake is geweest van een ongeoorloofde beschermingsmaatregel (r.o. 4.2). Voorts beslist de Hoge Raad dat het bepalen van de strategie van de vennootschap in beginsel een aangelegenheid is van het bestuur en dat de beslissing tot verkoop van LaSalle in beginsel een aangelegenheid is van het bestuur van ABN AMRO (r.o. 4.3). So far so good.

Maar dan kiest de Hoge Raad een geheel andere weg. De Raad is het niet eens met de Ondernemingskamer dat onder de gegeven omstandigheden toch toestemming van de algemene vergadering was vereist. Voor zo'n goedkeuringsvereiste is een wettelijke of statutaire basis nodig. Die basis, aldus de Hoge Raad, is ook vereist voor een verplichting (r.o. 4.4)

‘van het bestuur van ABN AMRO Holding de algemene vergadering van aandeelhouders terzake te consulteren. Voor een oordeel in andere zin is onvoldoende steun te vinden in de wet en in de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging zoals deze onder meer tot uiting komt in de Nederlandse corporate governance code (Stcrt. 27 december 2004, nr. 250, p. 35, verder: de code-Tabaksblat), in het bijzonder de principes II en IV, welke rechtsovertuiging mede inhoud geeft aan (i) de eisen van redelijkheid en billijkheid naar welke volgens art. 2:8 BW degenen die krachtens de wet of de statuten bij de vennootschap zijn betrokken zich jegens elkaar moeten gedragen, en aan (ii) de eisen die voortvloeien uit een behoorlijke taakvervulling waartoe elke bestuurder ingevolge art. 2:9 BW gehouden is. In het bijzonder brengen deze eisen niet mee dat het bestuur van een vennootschap verplicht is aan de algemene vergadering van aandeelhouders goedkeuring te vragen voor, of deze te raadplegen over, een transactie die binnen de bevoegdheid van het bestuur valt, op grond van de enkele omstandigheid dat het belang van de aandeelhouders om hun aandelen voor een zo hoog moge-

Dit artikel uit Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor Rijksuniversiteit Groningen (RUG)

lijke prijs te kunnen verkopen, hierbij mede in het geding is. Aan deze verplichting tot voorafgaande consultatie zijn ook zodanige bezwaren verbonden, dat zij niet kan worden aanvaard zonder een wettelijke of statutaire regeling, met name omtrent de omstandigheden waaronder de verplichting tot voorafgaande consultatie kan worden opgeheven. Het is niet-naleving van die verplichting zouden moeten worden verbonden. Bij gebreke van een dergelijke nadere regeling zou een verplichting tot voorafgaande consultatie van de algemene vergadering van aandeelhouders tot onaantastbare rechtsonzekerheid leiden (vgl. HR 21 februari 2003, nr. OK 101, NJ 2003, 182, rov. 6.4.2).

In het bijzonder de in het handelsverkeer vereiste rechtszekerheid verzet zich ertegen dat bij het ontbreken van een wettelijke of statutaire regeling de algemene vergadering van aandeelhouders zodanig verstrekkende bevoegdheden zouden toekomen enkel op grond van regels van ongeschreven recht, die afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval toepassing zouden moeten vinden. Zo moeten derden erop kunnen vertrouwen dat door het bestuur van de vennootschap in overeenstemming met de wettelijke en statutaire voorschriften verrichte rechtshandelingen in beginsel onaantastbaar zijn en dat, voorzover zij wel aantastbaar zijn, de mogelijkheid daartoe alleen bestaat op rechtsgronden die uit de wet of de statuten voor derden bekend hadden kunnen zijn. Ook de slagvaardigheid waarmee het bestuur moet kunnen handelen bij het bepalen en uitvoeren van de strategie van de aan de vennootschap verbonden onderneming pleit daarvoor.

De conclusie van de Hoge Raad is derhalve dat de door de Ondernemingskamer aangenomen verplichting van het bestuur van ABN AMRO Holding om de LaSalle-transactie ter goedkeuring voor te leggen aan de algemene vergadering van aandeelhouders niet voortvloeit uit het ongeschreven recht. Vloeit die verplichting dan wel voort uit art. 2:107a BW? Ook dat is volgens de Hoge Raad niet het geval. In dit artikel is omschreven welke besluiten van het bestuur, in afwijking van de in r.o. 4.3 vermelde hoofdregel, zijn onderworpen aan de goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders. Zoals de Ondernemingskamer terecht heeft beslist, valt het onderhavige geval niet rechtstreeks binnen de reikwijdte van deze bepaling. Het besluit tot afsplitsing en verkoop van LaSalle kan immers niet worden aangemerkt als een besluit over een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of de onderneming als bedoeld in art. 2:107a lid 1 BW. Hoewel genoemd artikel geen limitatieve opsomming bevat, volgt uit de wetsgeschiedenis dat het beperkt moet worden uitgelegd (zie nader r.o. 4.7-4.8).

Kortom: de door de Ondernemingskamer aangenomen verplichting van het bestuur van ABN AMRO om de LaSalle-transactie ter goedkeuring voor te leggen aan de algemene vergadering van aandeelhouders vloeit niet uit het ongeschreven recht voort, noch uit het geschreven recht. De Hoge Raad laat het daarbij niet en komt in r.o. 4.10 nog met een hele interessante overweging ten overvloede, waarin hij nog een argument noemt waarom de door de Ondernemingskamer getroffen onmiddellijke voorziening niet getroffen had mogen worden:

‘Het gaat in dit geval om een bevoegdlijk door het bestuur van ABN AMRO Bank met Bank of America gesloten koopovereenkomst. Over de (mogelijke) uitvoering daarvan mag geen onzekerheid bestaan, mede gelet op de belangen van derden. Zelfs als zou moeten worden aangenomen dat de eisen van art. 2:107a BW aan de voorgenomen (afsplitsing en) verkoop van LaSalle aan de algemene vergadering van aandeelhouders had moeten voorleggen, heeft een eventueel verzuim op dit punt geen gevolgen voor de rechtsgeldigheid van de transactie. Mede gelet op het bepaalde in art. 2:107a lid 2 BW heeft een eventueel gebrek in de besluitvorming inzake de LaSalle-transactie, immers geen externe werking. Uit het vorenstaande volgt dat de gevraagde onmiddellijke voorzieningen, die in elk geval voor de duur van het geding externe werking hebben voorzover daardoor de nakoming van die koopovereenkomst wordt belemmerd, zowel tegenover Bank of America als tegenover Barclays niet gerechtvaardigd zijn. Gelet op dit een en ander bestaat ook bij een billijke afweging van belangen geen ruimte voor een voorziening die verdere uitvoering van de LaSalle-transactie opschort of tijdelijk onmogelijk maakt.’

Deze belangenafweging kennen wij uit de SkyGate-beschikking van de Hoge Raad; HR 19 oktober 2001, JOR 2002, 5 m.nt. Van den Ingh en Ondernemingsrecht 2001, p. 526 m.nt. Geerts (SkyGate). In die procedure stond centraal de vraag of de door de Ondernemingskamer getroffen onmiddellijke voorzieningen onomkeerbare gevolgen mogen hebben. Dat mag volgens de Hoge Raad, maar daarbij dient wel een billijke afweging plaats te vinden van de belangen van de betrokken partijen. In de literatuur is verdedigd dat die belangenafweging bij het treffen van elke (onmiddellijke) voorziening moet plaatsvinden, dus niet alleen bij (onmiddellijke) voorzieningen die onomkeerbare gevolgen hebben. Dit lijkt in de onderhavige beschikking door de Hoge Raad bevestigd te worden. Het is een belangrijk punt omdat het de Ondernemingskamer wellicht noopt tot een wat terughoudender houding bij het toewijzen van (onmiddellijke) voorzieningen. Zie hieronder ook nog de bespreking van de recente DSM-beschikking van de Hoge Raad.

De ABN AMRO-beschikking van de Hoge Raad is in de literatuur met instemming ontvangen. Volgens Van Schilfgaarde (NJB 2007, p. 1956) zal de conclusie van velen zijn dat de Ondernemingskamer in haar beschikking van 3 mei 2007 te ver is gegaan en dat de Hoge Raad orde op zaken heeft gesteld. Hij meent dat de beslissing van de Hoge Raad tegen de achtergrond van het geldende recht aanmerkelijk beter verdedigbaar is dan die van de Ondernemingskamer.

**HR 14 september 2007, ARO 2007, 155 en JOR 2007, 238 m.nt. Bartman onder JOR 2007, 239 (Versatel)**

*De Ondernemingskamer mag bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen op grond van art. 2:349a lid 2 BW afwijken van voorschriften van dwingend recht en zij mag onmiddellijke voorzieningen treffen, nog voordat een onderzoek is bevolen.*

In de in cassatie bestreden beschikking heeft de Ondernemingskamer ingevolge art. 2:349a lid 2 BW commissarissen benoemd



mag afwijken van voorschriften van dwingend recht en dat bij het treffen van voorzieningen op grond van art. 2:356 BW niet mag. Het antwoord op deze vraag geeft de Hoge Raad in r.o. 4.3: de onmiddellijke voorzieningen van art. 2:349a lid 2 BW hebben, anders dan de in art. 2:356 BW limitatief opgesomde maatregelen, een dwingend karakter.

De Raad heeft dit oordeel met de conclusie van de Advocaat-Generaal Groninger (RUG) gedeeltelijk overgenomen. Volgens hem kan de rechter ook in de tweede fase van de procedure voorzieningen getroffen kunnen worden die afwijken van voorschriften van dwingend recht? Met het oog op art. 2:355 lid 3 BW dient die vraag ontkennend beantwoord te worden. Die bepaling verklaart art. 2:348 en 2:349a BW in de tweede fase van de procedure van overeenkomstige toepassing. Het maakt mogelijk dat in de fase na het onderzoek ook onmiddellijke voorzieningen getroffen kunnen worden. Dat zijn – om in de woorden van de Hoge Raad te spreken – ordemaatregelen, zodat ingevolge deze bepaling in de tweede fase van de procedure (onmiddellijke) voorzieningen getroffen kunnen worden die afwijken van voorschriften van dwingend recht. Kunnen dergelijke art. 2:355 lid 3 BW-voorzieningen samen met art. 2:356 BW-voorzieningen worden getroffen? Daarover wordt in de literatuur verschillend gedacht. Wij menen dat dit kan. Zo te zien heeft dit standpunt na de onderhavige beschikking van de Hoge Raad aan aantrekkingskracht gewonnen. In onze benadering kan de Ondernemingskamer bijvoorbeeld ingevolge art. 2:356 sub e BW de aandelen tijdelijk ten titel van beheer overdragen en ingevolge art. 2:355 lid 3 BW de commissaris van een niet-structuurvennootschap de bevoegdheid toekennen om bestuurders te benoemen, schorsen en ontslaan. Opvallend is dat de Ondernemingskamer in een recente (tweede fase)beschikking de twee zojuist genoemde voorzieningen getroffen heeft. Zie OK 4 juli 2007, ARO 2007, 126 (Samlerhuset). Uit die beschikking wordt echter niet duidelijk op welk artikel de laatst genoemde voorziening gebaseerd is. De Ondernemingskamer doet er na de Versatel-beschikking van de Hoge Raad verstandig aan die (onmiddellijke) voorziening op art. 2:355 lid 3 BW te baseren.

Tot slot moet nog op een heel belangrijk ander punt uit de Versatel-beschikking van de Hoge Raad gewezen worden. Al enige tijd is er veel te doen over de door de Ondernemingskamer ontwikkelde praktijk waarbij zij eerst beslist op het verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen en de beslissing op het gevraagde onderzoek aanhoudt. Dat was in de onderhavige zaak ook gebeurd. In de literatuur wordt over deze ‘splitsingspraktijk’ verschillend gedacht en of de Hoge Raad met deze handelwijze van de Ondernemingskamer zou instemmen, was ook niet zeker. Uit r.o. 4.4.3 van de onderhavige beschikking kan worden afgeleid dat de Hoge Raad dit beleid van de Ondernemingskamer sanctioneert. In die rechtsoverweging beslist de Hoge Raad over de tweede door de Ondernemingskamer getroffen voorziening, waarbij het Versatel verboden werd af te wijken van de code-Tabaksblat. De Hoge Raad beslist:

‘Onder deze omstandigheden is niet onbegrijpelijk dat de ondernemingskamer het treffen van de onderhavige onmiddellijke voorziening nodig heeft geacht *in afwachting* (cursivering P.G. en H.B.) van haar verdere beantwoording van de vraag of reden bestaat te twijfelen aan de juistheid van het beleid.’

Als aan deze voorwaarden is voldaan – zo voegt de Hoge Raad in de onderhavige Versatel-beschikking hieraan toe – dan mag de Ondernemingskamer

*‘derhalve ook (cursivering P.G. en H.B.) voor ten hoogste de duur van het geding een commissaris aanstellen met bijzondere, van bepalingen van dwingend recht afwijkende bevoegdheden, ook als dit betekent dat de algemene vergadering van aandeelhouders en de andere commissarissen daardoor in zoverre tijdelijk buiten spel komen te staan.’*

Kortom: de Ondernemingskamer mag bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen ex art. 2:349a lid 2 BW afwijken van voorschriften van dwingend recht. De motivering van de Hoge Raad is summier. In wezen zegt de Hoge Raad niet meer dan dat dit volgt (zie de hiervoor door ons gecursiveerde woorden ‘derhalve ook’) uit zijn eerder gewezen SkyGate-beschikking. Dat is opvallend, omdat in een eerdere beschikking (HR 1 maart 2002, NJ 2002, 296 m.nt. Maeijer; JOR 2002, 30 m.nt. Josephus Jitta en Ondernemingsrecht 2002, p. 270 m.nt. Timmerman (Zwagerman)) de Hoge Raad beslist heeft dat de Ondernemingskamer bij het treffen van art. 2:356 BW-voorzieningen niet mag afwijken van voorschriften van dwingend recht. Een meerderheid in de literatuur heeft in deze Zwagerman-beschikking van de Hoge Raad een aanwijzing gelezen voor de regel dat de bevoegdheid van de Ondernemingskamer tot het treffen van voorzieningen in algemene zin – dus ook voor wat betreft art. 2:349a lid 2 BW – door de dwingendrechtelijke bevoegdheden van organen wordt begrensd. Zoals gezegd heeft de Hoge Raad in de onderhavige Versatel-beschikking anders beslist. De voor de hand liggende vraag rijst dan waarom de Ondernemingskamer bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen op grond van art. 2:349a lid 2 BW wel

Dit artikel uit Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging is gepubliceerd door Boom Juridische uitgeverij en is bestemd voor Rijksuniversiteit Groningen (RUG)

Hoewel deze kwestie in de onderhavige beschikking niet concreet aan de Hoge Raad is voorgelegd, lijkt uit deze passage afgeleid te mogen worden dat de Hoge Raad er geen probleem mee heeft dat de Ondernemingskamer onmiddellijke voorzieningen treft, nog voordat een onderzoek is bevolen. Dit vermoeden wordt bevestigd door het feit dat de voorgesprekte DSM-zaak niet aan de Hoge Raad.

**HR 14 december 2007, LJN BB3523 (DSM), RvdW 2008, 1, JOR 2008, 11 m.nt. A. Doorman**

*Toelaatbaarheid van het invoeren van een zogenoemd loyaliteitsdividend en de voorwaarden waaronder de Ondernemingskamer onmiddellijke voorzieningen mag treffen, nog voordat een onderzoek is bevolen*

Op de valreep kunnen wij nog melding maken van de beschikking van de Hoge Raad in de DSM-zaak. In deze zaak staat centraal de vraag of Koninklijke DSM NV (DSM) via een statutenwijziging een loyaliteitsplan mag introduceren waarbij aan 'loyale' aandeelhouders, die over een onafgebroken periode aandelen in de (beurs)vennootschap hebben gehouden, een zogenoemd loyaliteitsdividend wordt toegekend. Met een dergelijk loyaliteitsdividend wordt een zekere premie gegeven als beloning voor het langetermijnaandeelhouderschap. Dit soort loyaliteitsplannen kan mede gezien worden als een 'bestrijdingsmiddel tegen kaalvretende sprinkhanen' (kortetermijnaandeelhouders die enkel uit zijn op het snel boeken van winst). In haar beschikking van 28 maart 2007, ARO 2007, 67 (DSM) heeft de Ondernemingskamer beslist dat de voorgenomen statutenwijziging tot introductie van het loyaliteitsdividend in strijd is met het bepaalde in art. 2:92 lid 1 BW en heeft zij, onder aanhouding van de behandeling van het enquêteverzoek, bij wijze van onmiddellijke voorziening en voor de duur van het geding (art. 2:349a lid 2 BW) DSM verboden het in de agenda voor de algemene vergadering van aandeelhouders van 28 maart 2007 opgenomen voorstel tot statutenwijziging in verband met de invoering van een zogenoemd loyaliteitsdividend in de vergadering of in enige later te houden algemene vergadering van aandeelhouders in stemming te brengen.

Tegen deze beschikking heeft de procureur-generaal bij de Hoge Raad cassatie in het belang der wet ingesteld. Volgens het eerste middel heeft de Ondernemingskamer ten onrechte geoordeeld dat de introductie van het loyaliteitsdividend in strijd is met art. 2:92 lid 1 BW. Volgens het tweede middel heeft de Ondernemingskamer bij het treffen van de onmiddellijke voorziening ex art. 2:349a lid 2 BW nagelaten een billijke afweging van belangen te maken. Beide middelen treffen doel. Voor ons is vooral de problematiek rondom de onmiddellijke voorzieningen van belang. Bij de bespreking van de ABN AMRO- en Versatel-beschikking is daaraan ook al aandacht besteed. Bij de bespreking van de Versatel-beschikking is aandacht besteed aan de 'splitsingspraktijk' van de Ondernemingskamer en bij de bespreking van de ABN AMRO-beschikking aan de belangenafweging die de Ondernemingskamer moet maken bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen. Deze beide punten komen in de onderhavige beschikking van de Hoge Raad terug.

Wij citeren uit de DSM-beschikking van de Hoge Raad:

'3.6 Nu de in art. 2:349a lid 2 aan de ondernemingskamer gegeven bevoegdheid tot het treffen van een onmiddellijke voorziening wordt uitgeoefend in een geding betreffende een verzoek als bedoeld in art. 2:345, moet in beginsel eerst worden beoordeeld of gegronde redenen bestaan om aan een juist beleid te twijfelen. Deze bevoegdheid gebruik maakt voordat zij op het verzoek tot het instellen van een onderzoek heeft beslist, en dus vooruitlopend op een definitief oordeel daarover. Niettemin zal in dit stadium van die bevoegdheid slechts een terughoudend gebruik kunnen worden gemaakt. In dit stadium kan immers slechts aan de hand van een beperkt partijdebat voorlopig worden beoordeeld of gegronde redenen bestaan om aan een juist beleid te twijfelen. Voorts dient ook in dit stadium van het geding in het oog te worden gehouden dat te zijner tijd, afhankelijk van de uitkomsten van een eventueel in te stellen onderzoek, voor het treffen van voorzieningen als bedoeld in art. 2:356 BW slechts plaats is indien dit gerechtvaardigd is met het oog op de met de regeling van het enquêterecht beoogde sanering en herstel van gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatorische aard binnen de onderneming van de rechtspersoon. In elk geval zal de ondernemingskamer bij de uitoefening van haar bevoegdheid voldoende rekening moeten houden met, en een billijke afweging moeten maken van, de belangen van betrokken partijen (HR 19 oktober 2001, nr. OK85, NJ 2002, 92). Een en ander brengt mee dat van de bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen voordat een onderzoek wordt gelast, slechts gebruik kan worden gemaakt indien daartoe in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek voldoende zwaarwegende redenen bestaan.

3.7 De ondernemingskamer heeft in het onderhavige geval klaarblijkelijk voldoende grond voor het treffen van een onmiddellijke voorziening gevonden in de omstandigheid dat het voorgenomen besluit naar haar oordeel in strijd was met de wet. Dit oordeel geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot art. 2:349a lid 2, omdat zij heeft nagelaten de hiervoor in 3.6 bedoelde afweging te maken. De noodzaak tot het treffen van een onmiddellijke voorziening als hiervoor in 3.1 vermeld kan immers niet volgen uit de door haar vastgestelde feiten, waarbij de Hoge Raad vooral in aanmerking neemt dat in de voorgestelde regeling DSM de eerste uitkering van loyaliteitsdividend aan de daarvoor geregistreerde aandeelhouders pas zou doen in 2010 tezamen met de uitkering van het slotdividend over het boekjaar 2009. Niet valt in te zien waarom in het onderhavige geval de uitkomst van de besluitvorming van de algemene vergadering van aandeelhouders van DSM niet kon worden afgewacht.'

De onderhavige beschikking neemt elke twijfel die er na de Versatel-beschikking nog zou kunnen bestaan weg: de Ondernemingskamer mag onmiddellijke voorzieningen treffen voordat zij op het verzoek tot het instellen van een onderzoek heeft beslist. Een belangrijke beslissing, waarin wij ons volledig kunnen vinden. De Hoge Raad benadrukt echter wel dat de Ondernemingskamer van deze bevoegdheid slechts een terughoudend gebruik dient te maken. Dat betekent dat zij in elk geval voldoende reke-

Dit artikel uit Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging is gepubliceerd door Boom Juridische uitgeverij en is bestemd voor Rijksuniversiteit Groningen (RUG)

ning moet houden met, en een billijke afweging moet maken van de belangen van betrokken partijen. Ook dit is een belangrijk punt. De Hoge Raad borduurt hier voort op zijn eerder gewezen SkyGate- en ABN AMRO-beschikkingen. Hij geeft opnieuw een belangrijk signaal af en roept de Ondernemingskamer op tot het nemen van billijke voorzieningen.

**HR 29 juni 2007, RvdW 2007, 637; JOR 2007, 169 m.nt. Leijten en Bartman; JIN 2007, 473 m.nt. Gepken-Jager en Ondernemingsrecht 2007/10/11, p. 430-433 m.nt. Dortmond (Bruil-Kombex/Bruil-Arnhem)**

*Dient het tegenstrijdig belang-begrip van art. 2:256 BW formeel of materieel te worden ingevuld?*

In het Bruil-arrest staat een voor de rechtspraak belangrijke vraag centraal: op welke wijze dient te worden beoordeeld of een vennootschap een tegenstrijdig belang in de zin van art. 2:256 BW heeft met één of meer van haar bestuurders?

De feiten in deze zaak zijn, kort weergegeven, als volgt. In 1984 heeft Bruil Arnhem Beheer BV (hierna: Bruil-Arnhem) een deel van haar industrieterrein verkocht en geleverd aan Bruil Kombex Arnhem BV (hierna: Bruil-Kombex). In het kader van deze transactie heeft Bruil-Kombex aan Bruil-Arnhem een voorkeursrecht van terugkoop verleend, terwijl Bruil-Arnhem voor het door haar behouden deel van het industrieterrein een voorkeursrecht van koop aan Bruil-Kombex heeft verleend. Bij niet-nakoming van het voorkeursrecht is een boete van f 250.000 (€ 113.445,05) verschuldigd aan de wederpartij. Bij het aangaan van de koopovereenkomst zijn zowel Bruil-Arnhem als Bruil-Kombex vertegenwoordigd door Bruil, die van beide vennootschappen destijds directeur en (indirect) grootaandeelhouder was. In 1994 worden de aandelen in Bruil-Arnhem overgedragen aan Ballast Nedam Bouw B.V. Vervolgens schendt Bruil-Arnhem in 1998 het voorkeursrecht van Bruil-Kombex door een aantal percelen te verkopen en te leveren aan een derde, zonder Bruil-Kombex tevoren in de gelegenheid te stellen deze percelen aan te kopen. Bruil-Kombex vordert van Bruil-Arnhem onder meer betaling van de in 1984 contractueel overeengekomen boete, maar Bruil-Arnhem weigert deze te voldoen. Bruil-Arnhem stelt dat Bruil bij het aangaan van het voorkeursrecht een tegenstrijdig belang had, omdat hij destijds zowel (statutair) directeur en grootaandeelhouder van Bruil-Arnhem als van Bruil-Kombex was. Nu in de statuten van Bruil-Arnhem het tegenstrijdig belang niet was 'weggeschreven' en Bruil ook niet middels een expliciet besluit door de AVA was aangewezen tot bijzondere vertegenwoordiger, is Bruil-Arnhem ingevolge art. 2:256 BW onbevoegd vertegenwoordigd en derhalve niet gebonden aan het voorkeursrecht. Bruil-Kombex verweert zich hiertegen en stelt dat de tegenstrijdig belangregeling niet van toepassing is, omdat er in concreto geen tegenstrijdig belang aanwezig was omdat de transactie primair in het belang was van Bruil-Arnhem. Ter onderbouwing van deze stelling worden verschillende omstandigheden aangevoerd.

Het Hof Arnhem (11 oktober 2005, JOR 2005, 294, m.nt. Bartman) verwerpt deze materiële benadering van het begrip tegenstrijdig belang. Volgens het Hof is voldoende dat Bruil-

Arnhem in abstracto een tegenstrijdig belang had met de haar vertegenwoordigende directeur Bruil, die als directeur tevens (indirect) grootaandeelhouder ook nauw betrokken was bij Bruil Kombex (r.o. 4.4). Niet van belang is of, achteraf gezien, de belangen ook daadwerkelijk en in concreto tegenstrijdig waren (zie HR 29 juni 1996, 568, Mediasafe I en HR 2 mei 2002, NJ 2002, 393, Jorall) waaruit zulks zou voortvloeien.

Het door Bruil-Kombex ingestelde cassatieberoep richt zich onder meer tegen de door het hof gehanteerde formele benadering van het begrip tegenstrijdig belang. Dit cassatiemiddel vindt gehoor bij A-G Timmerman. In zijn conclusie geeft de advocaat-generaal met kracht van argument aan dat zijns inziens het tegenstrijdig belangbegrip materieel dient te worden ingevuld. Aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval dient te worden beoordeeld of de bestuurder ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling een 'eigen, conflicterend belang' heeft, waarbij met name dient te worden nagegaan of de belangen van de bestuurder en de vennootschap parallel lopen. De advocaat-generaal acht een formele benadering ook onwenselijk:

'(...) omdat de reikwijdte van art. 2:256 BW dan wel heel ruim wordt. Ik vind zo'n ruime reikwijdte bezwaarlijk, omdat de gevolgen van een geslaagd beroep op art. 2:256 BW vaak verstrekkend zijn. Deze verstrekkende gevolgen dienen ons inziens alleen in te treden indien er van een echt tegenstrijdig belang sprake is. Met andere woorden: Er moet echt iets mis zijn met de van een bestuurder door de wet geëiste zuivere behartiging van de belangen van de vennootschap, wil het gerechtvaardigd en proportioneel zijn dat deze verstrekkende gevolgen intreden.'

De conclusie strekt dan ook tot vernietiging van het arrest van het Hof Arnhem en verwijzing.

De Hoge Raad volgt de conclusie van de advocaat-generaal en overweegt in r.o. 3.4 omtrent art. 2:256 BW:

'Deze bepaling strekt in de eerste plaats tot bescherming van het belang van de vennootschap door de bestuurder de bevoegdheid te ontfangen de vennootschap te vertegenwoordigen als hij door de aanwezigheid van een persoonlijk belang of door zijn betrokkenheid bij een ander met dat van de rechtspersoon niet parallel lopend belang niet in staat moet worden geacht het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht. Voor de toepassing van art. 2:256 is niet vereist dat zeker is dat de betrokken rechtshandeling daadwerkelijk tot benadeling van de vennootschap zal leiden, doch is voldoende dat de bestuurder te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming. De vraag of een tegenstrijdig belang bestaat, kan slechts worden beantwoord met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval.'



Dit artikel uit Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging is gepubliceerd door Boom Juridische uitgeverij en is bestemd voor Rijksuniversiteit Groningen (RUG)

De Hoge Raad benadrukt vervolgens in r.o. 3.7 dat het op de weg ligt van de vennootschap die een beroep doet op de vertegenwoordigingsonbevoegdheid van haar bestuurder, om omstandigheden naar voren te brengen – en voldoende te adstrueren – die zodanig van invloed kunnen zijn geweest op de besluitvorming van de bestuurder met betrekking tot de afwikkeling van de zaak, dat het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen.

Van belang is voorts dat de Hoge Raad uitdrukkelijk te kennen geeft (r.o. 3.6) dat in concernverhoudingen niet snel van een tegenstrijdig belang sprake zal zijn:

‘In het bijzonder in de gevallen waarin een natuurlijke persoon handelt in de hoedanigheid van bestuurder tevens aandeelhouder van meerdere vennootschappen die een groep vormen zal niet spoedig van tegenstrijdig belang in de zin van art. 2:256 BW sprake zijn, omdat het juist de bedoeling is dat, door de (uiteindelijke) zeggenschap in één hand te houden, de afweging van alle bij deze groepsvennootschappen betrokken belangen bij die persoon is geconcentreerd. Als dan zijn immers het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming en het belang van de betrokken bestuurder tevens aandeelhouder onderling zo nauw verbonden dat slechts onder bijzondere omstandigheden van tegenstrijdig belang sprake kan zijn.’

Het onderhavige Bruil-arrest is belangrijk omdat de Hoge Raad hierin duidelijk aangeeft dat het tegenstrijdig belang-begrip materieel dient te worden ingevuld: de belangen van vennootschap en bestuurder dienen daadwerkelijk tegenstrijdig te zijn, hetgeen aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval moet worden beoordeeld. Deze verduidelijking was nodig, omdat veel rechtsgeleerde schrijvers en lagere rechters uit het in 1996 door de Hoge Raad gewezen Mediasafe I-arrest hadden afgeleid (naar nu blijkt ten onrechte) dat ons hoogste rechtscollege een formele benadering van het tegenstrijdig belang zou voorstaan. De materiële inkleuring van het begrip tegenstrijdig belang betekent dat art. 2:256 BW minder snel in beeld komt, dan wanneer wordt uitgegaan van een formele benadering. Bij deze laatste benadering zou de vennootschap (veelal: de curator in haar faillissement) immers kunnen volstaan met erop te wijzen dat in abstracto de mogelijkheid van tegenstrijdig belang bestaat, doordat bijvoorbeeld beide concernvennootschappen bij de transactie zijn vertegenwoordigd door dezelfde bestuurder. In de door de Hoge Raad voorgestane materiële benadering daarentegen rust op degene die zich op art. 2:256 BW beroept een zwaardere stelplicht en – bij betwisting – bewijslast: er dienen omstandigheden naar voren te worden gebracht – en voldoende te worden geadstrueerd – waaruit blijkt dat de bestuurder een persoonlijk belang heeft of betrokken is bij een ander met dat van de vennootschap niet parallel lopend belang en daardoor niet in staat moet worden geacht het belang van de vennootschap te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht.

Met Leijten (JOR 2007, 169) menen wij dat het in de praktijk lastig zal blijven om met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval vast te stellen of zich een

tegenstrijdig belang voordoet. De reeds bestaande rechtspraktijk die zich inzake de problematiek van tegenstrijdig belang heeft ontwikkeld, zal dan ook relevant blijven. Deze houdt in dat de uit art. 2:256 eerste volzin BW voortvloeiende vertegenwoordigingsonbevoegdheid van de bestuurder statutair wordt weggeschreven, waaraan art. 2:256 tweede volzin BW een expliciet besluit neemt waarin de bestuurder die mogelijk een tegenstrijdig belang heeft met de vennootschap, zekerheidshalve als bijzondere vertegenwoordiger wordt aangewezen.

**HR 2 maart 2007, NJ 2007, 240 m.nt. Ma; JOR 2007, 137 m.nt. Olden; Ondernemingsrecht 2007/5 m.nt. Wezeman (Nutsbedrijf Westland)**

*Staan art. 2:9 BW en art. 7:661 BW in de weg aan toewijzing van op onrechtmatige daad gebaseerde vorderingen tegen een bestuurder c.q. werknemers?*

Eiser in deze procedure, Holding Nutsbedrijf Westland NV (hierna: NBW), heeft op de grondslag van onrechtmatige daad haar (voormalig) statutair bestuurder en drie (gewezen) werknemers van de vennootschap gedagvaard voor de rechtbank te Den Haag. NBW vordert vergoeding van de door haar geleden schade van ruim f 1 miljoen. NBW stelt deze schade te hebben geleden doordat de hiervoor bedoelde functionarissen zich schuldig hebben gemaakt aan opzettelijke, stelselmatige, heimelijke en ongeoorloofde zelfverrijking ten koste van NBW, door aan NBW toekomende gelden en ‘corporate opportuniteiten’ te laten toevallen aan een door hen opgerichte Luxemburgse vennootschap.

De rechtbank wijst de vorderingen van NBW tegen de vier functionarissen af. Volgens de rechtbank kunnen de door NBW aan het verval verwteten gedragingen niet los worden gezien van hun hoedanigheid van bestuurder respectievelijk werknemer. De gestelde gedragingen van de vier functionarissen houden naar het oordeel van de rechtbank zodanig verband met hun functie dan wel met de uit dien hoofde door hen te vervullen taken en verplichtingen en de door hen te dragen verantwoordelijkheden, dat zij moeten worden beschouwd als daden die verband houden met de taakvervulling als bestuurder dan wel met de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. In zo’n geval kunnen vorderingen om de hieruit voortvloeiende schade vergoed te krijgen, uitsluitend worden gebaseerd op art. 2:9 BW respectievelijk art. 7:661 BW. Dit vloeit volgens de rechtbank voort uit de strekking van art. 2:9 BW en art. 7:661 BW en de daarmee verband houdende zware schuldmaatstaf voor schadeplechtigheid van de bestuurder (ernstige verwijtbaarheid) respectievelijk de werknemer (opzet of bewuste roekeloosheid). Deze strekking verzet zich tegen toepassing van art. 6:162 BW, omdat toepassing van deze bepaling eerder zal leiden tot aansprakelijkheid van de bestuurder en werknemers jegens NBW (zie eindvonnis rechtbank r.o. 3.3-3.5, kenbaar uit r.o. 3.2.3 van het arrest van de Hoge Raad). Volledigheidshalve zij opgemerkt dat in deze zaak ook nog tal van processuele ontwikkelingen spelen, die wij verder onbesproken laten. In hoger beroep houdt het eindvonnis van de rechtbank stand. NBW gaat in cassatie en voert onder meer aan dat art. 2:9 BW en art. 7:661 BW niet in de weg staan aan toewijzing van door de vennootschap op onrechtmatige daad gebaseerde vorderingen tegen haar bestuurder c.q. werknemers.

Dit artikel uit Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor Rijksuniversiteit Groningen (RUG)

De Hoge Raad oordeelt dat dit cassatiemiddel terecht is voorgesteld. Ons hoogste rechtscollège onderkent in r.o. 3.4.4 dat van art. 2:9 BW en art. 7:661 BW een zekere bescherming van de bestuurder respectievelijk werknemer uitgaat, doordat hij slechts schadeplichtig is jegens de vennootschap/werkgever indien sprake is van een onrechtmatige daad van de bestuurder of werknemer. Het is niet aan de rechter te verwijten dat hij de aansprakelijkheid ter zake van de tekortkoming van de werknemer niet heeft gezien (arbeids)overeenkomst. De reikwijdte van deze uit art. 2:9 BW en art. 7:661 BW voortvloeiende zware schuldmaatstaven is echter, zo laat de Hoge Raad weten, niet beperkt tot voormelde aansprakelijkheidsgrondslagen. Zij kunnen en *moeten* eveneens worden toegepast indien sprake is van een onrechtmatige daad die is begaan bij de taakvervulling van de bestuurder respectievelijk bij de uitvoering door de werknemer van de arbeidsovereenkomst. Wordt in zo'n geval schade gevorderd op grond van onrechtmatige daad, dan zal het toerekenbaarheidselement van art. 6:162 lid 3 BW, zo begrijpen wij, dienen te worden 'ingekleurd' door de normen van art. 2:9 BW en art. 7:661 BW (in dezelfde zin: J.B. Wezeman, Ondernemingsrecht 2007/5).

Deze beslissing van de Hoge Raad verdient instemming. In voorkomende gevallen kan de vennootschap een schadevergoedingsvordering instellen op grond van zowel art. 2:9 BW/art. 7:661 BW als op art. 6:162 BW. Het is dan aan de vennootschap om de door haar gewenste aansprakelijkheidsgrondslag te kiezen. In het onderhavige arrest wordt deze keuze echter wat betreft de vereiste mate van schuld 'geneutraliseerd' doordat de Hoge Raad beslist dat de uit art. 2:9 BW respectievelijk art. 7:661 BW voortvloeiende zware schuldnormen eveneens gelden indien de vennootschap op basis van onrechtmatige daad tegen een bestuurder respectievelijk werknemer ageert. Dit is ook wenselijk. Indien voor de onrechtmatige daadaansprakelijkheid een lichtere mate van schuld zou volstaan, dan zouden de bepalingen van art. 2:9 BW en art. 7:661 BW (en de daaraan ten grondslag liggende beschermingsgedachte) in de praktijk buiten het juridische speelveld komen te staan. Overigens is het niet zo dat na dit arrest de aansprakelijkheidsgrondslagen van art. 2:9 BW, art. 7:661 BW en art. 6:162 BW volledig parallel lopen. Bepaalde verschillen blijven bestaan. Een belangrijk verschil – Wezeman wijst daar in zijn noot terecht op – is bijvoorbeeld dat art. 2:9 BW in beginsel collectieve aansprakelijkheid van bestuurders vestigt, terwijl het bij art. 6:162 BW gaat om de individuele aansprakelijkheid van een bestuurder.

Tot slot: het kan zich voordoen dat gedragingen van de bestuurder of werknemer als onrechtmatig worden aangemerkt, zonder dat van onbehoorlijke taakvervulling of onbehoorlijke uitvoering van de arbeidsovereenkomst kan worden gesproken. In dat geval kan de vennootschap haar schadevergoedingsvordering enkel baseren op art. 6:162 BW. Begrijpen wij het arrest van de Hoge Raad goed, dan moet ook in zo'n geval worden aangenomen dat de schuldmaatstaf van art. 2:9 BW respectievelijk art. 7:661 BW 'doorwerkt' in de toerekeningsmaatstaf van art. 6:162 lid 3 BW. Vereist is dan wel dat de aan de bestuurder of werknemer verweten onrechtmatige daad in zodanig verband staat met de taakvervulling van de bestuurder of uitvoering van de arbeidsovereenkomst door de werknemer, dat de strekking van art. 2:9 BW respectievelijk art. 7:661 BW zich tegen een verdergaande aansprakelijkheid verzet (vgl. r.o. 3.3.4, slotzin).

#### HR 8 december 2006, NJ 2006, 659; Ondernemingsrecht 2007/3 m.nt. Wezeman (Ontvanger/Roelofsen)

*Op welke wijze dient beoordeeld te worden of een bestuurder van een vennootschap op grond van onrechtmatige daad persoonlijk aansprakelijk is jegens een benadeelde vennootschapsschuldeiser.*

Wij brengen het arrest Ontvanger/Roelofsen onder de aandacht, omdat de Hoge Raad hierin duidelijk uiteenzet op welke wijze beoordeeld dient te worden of een bestuurder van een vennootschap op grond van onrechtmatige daad persoonlijk aansprakelijk is jegens een benadeelde vennootschapsschuldeiser. Ons hoogste rechtscollège herhaalt allereerst het in het arrest New Holland Belgium/Oosterhof (HR 18 februari 2000, NJ 2000, 295) reeds gemaakte onderscheid tussen:

- gevallen waarin de bestuurder namens de vennootschap lichtvaardig verplichtingen is aangegaan (de zogenoemde Beklamel-gevallen, naar het gelijknamige in 1989 gewezen Beklamel-arrest waarin de Hoge Raad de aansprakelijkheidsnorm voor het lichtvaardig namens de vennootschap aangaan van verplichtingen heeft geconcretiseerd);
- gevallen waarin bestuurders wordt verweten te hebben bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of eerder aangegane contractuele verplichtingen niet nakomt (deze gevallen worden wel verhaalsfrustratiegevallen genoemd; zie J.B. Wezeman, Ondernemingsrecht 2007/3).

In beide gevallen, zo overweegt de Hoge Raad in r.o. 3.5,

'mag in het algemeen alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, een *voldoende ernstig verwijt* (cursivering P.G. en H.B.) kan worden gemaakt (...).'

Wij wijzen erop dat ingevolge vaste jurisprudentie van de Hoge Raad voor het intreden van de *interne* aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW van een bestuurder jegens de vennootschap vereist is dat de bestuurder een ernstig verwijt treft (zie: HR 10 januari 1997, NJ 1997, 350, Van de Ven Automobielfabriek; HR 29 november 2002, NJ 2003, 455, Berghuizerpapierfabriek; HR 4 april 2003, NJ 2003, 455, Skipper Club). Uit het hiervoor besproken arrest Nutsbedrijf Westland volgt dat de maatstaf van ernstige verwijtbaarheid in de regel eveneens dient te worden aangelegd ingeval de vennootschap op basis van art. 6:162 BW tegen een bestuurder ageert. In het onderhavige arrest geeft de Hoge Raad aan dat het vereiste van ernstige verwijtbaarheid ook geldt voor de *externe* aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW van een bestuurder jegens schuldeisers van de vennootschap. Ook dan mag persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder niet al te snel worden aangenomen.

Van belang is dat de Hoge Raad in r.o. 3.5 nader ingaat op de vraag wanneer van ernstige verwijtbaarheid sprake is. Hierbij is relevant of we met een Beklamel-geval of met een verhaalsfrustratiegeval van doen hebben. Bij de *Beklamel-gevallen* treft de bestuurder een voldoende ernstig verwijt indien hij bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijker-

wijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden. Het is dan aan de bestuurder om, ter afwending van persoonlijke aansprakelijkheid, omstandigheden aan te voeren op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem ter zake van de benadeling geen persoonlijk verwijt gemaakt kan worden. Voor de *verhaalsfrustratiegevallen* geldt dat van een ernstig verwijt in ieder geval sprake is als, zo overweegt de Hoge Raad in r.o. 3.5:

‘de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Er kunnen zich echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen.’

Dit artikel uit Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor Rijksoverheid en Rijksoverheid (RUG).

In de onderhavige zaak heeft de ontvanger zich op verhaalsfrustratie-aansprakelijkheid: aan Roelofsen wordt verweten dat hij als bestuurder van twee vennootschappen die een fiscale eenheid voor de omzetbelasting vormen, onrechtmatig heeft gehandeld tegenover de ontvanger door het niet-naleven van de op de fiscale eenheid rustende wettelijke verplichting om aangifte van omzetbelasting te voldoen, waarmee Roelofsen het benadelen van de ontvanger ‘op de koop toe heeft genomen’.

Het Hof Arnhem wijst de vordering van de Ontvanger af. Het oordeelt in r.o. 4.12 dat:

‘de Ontvanger onvoldoende feiten heeft gesteld die, indien deze zouden komen vast te staan, de conclusie rechtvaardigen dat Roelofsen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de fiscale eenheid als gevolg van de verweten handelingen de naheffingsaanslagen niet (volledig) zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de voorzienbare schade die de Ontvanger dientengevolge zou lijden.’

In cassatie houdt de uitspraak van het Hof Arnhem stand. Volgens de Hoge Raad (zie r.o. 3.6) mocht het hof in zijn oordeel betrekken in hoeverre Roelofsen wist of redelijkerwijze had moeten begrijpen dat de belastingschulden van de fiscale eenheid onbetaald zouden blijven. Het hof vond klaarblijkelijk de stelling van de Ontvanger dat Roelofsen het onbetaald laten van de aanslagen ‘op de koop toe heeft genomen’ in dit verband een te licht (bijkomend) verwijt voor het aannemen van persoonlijke aansprakelijkheid van Roelofsen. Aldus verstaan getuigt het oordeel van het hof niet van een onjuiste rechtsopvatting, zo beslist de Hoge Raad.

*Mr. P.G.F.A. Geerts*

*Mr. H.E. Boschma,  
universitair hoofddocent bij de vakgroep HASO,  
Rijksuniversiteit Groningen*